

IHERING (1818-1892)

(Em comemoração aos cem anos de sua morte)

Alexandre Augusto de Castro Corrêa

Professor Catedrático de Direito Romano da Faculdade de Direito da USP

Resumo:

Ihering é com razão considerado um dos maiores juristas do século XIX. Sua interpretação da posse em Direito Romano ultrapassou a de Savigny e foi consagrada pelo Código Civil alemão de 1900 bem como pelos que o sucederam, como o nosso. Com sua obra-prima sobre *O espírito do Direito Romano* ele aparece como precursor da Sociologia Jurídica; e seu livro *Der Zweck im Recht* (*A idéia de finalidade no Direito*) mostra-o filósofo do Direito, com idéias profundas e sempre atuais sobre as relações entre o Direito e Sociedade.

Abstract:

Ihering figures rightly among the greatest jurists of the XIXth. century: he is outstanding as a Roman and Civil law lawyer, as a forerunner of legal sociology and as a legal philosopher. His interpretation of the Roman law concept of "possession" was consecrated by the German Civil Code of 1900 and by those who followed it. Ihering's master work *The spirit of Roman Law in the different phases of its development* and *The idea of purpose in Law* give evidence of his farsighted ideas about the relations between Law and Society.

Sumário:

- I - Ihering, Romanista e Civilista.
- II - Ihering, Sociólogo do Direito.
- III - Ihering, Filósofo do Direito.
- IV - Bibliografia.

Na galeria dos grandes juristas do século XIX, Ihering ocupa lugar de honra, tais as notáveis qualidades reveladas durante sua longa e brilhante carreira: romanista insígne, civilista, precursor da sociologia jurídica, ao compor a obra-prima que é *O espírito do Direito Romano*, filósofo do Direito com *O fim*

no Direito e a célebre *A luta pelo Direito*, Ihering foi além disso escritor de pulso, dono de estilo claro e expressivo.

Pretendemos abordá-lo aqui principalmente enquanto romanista, deixando para o fim deste pequeno estudo a breve consideração dos outros aspectos de sua personalidade como jurista.

I - IHERING, ROMANISTA E CIVILISTA.

No campo da Pandectística a doutrina sem dúvida que o celebrou, com importantes reflexos no Código Civil alemão de 1900 e nos que o sucederam inclusive o nosso,¹ foi a por ele chamada *teoria simplificada* da posse em Direito Romano.

Até aparecer a crítica certa e decisiva de Ihering, a doutrina dominante, como se sabe, era a de Savigny, chefe da Escola Histórica do Direito.

Para Savigny a posse romana propriamente dita era a do *bonae fidei possessor*, o possuidor de boa-fé, tendo a coisa como sua, isto é, comportando-se como dono da mesma graças ao *animus domini*, ou *animus rem sibi habendi*, a saber, a intenção de ser dono, por ignorar quem legitimamente o fosse. Para Savigny pois, posse romana em sentido rigoroso era só a *possessio civilis*, capaz de conduzir ao domínio mediante o usucapião. E quando, como nos casos do precatista, do credor pignoratício, do sequestratário e do enfiteuta, o pretor concedia a proteção possessória mesmo faltando o *animus domini*, isto ele o fazia, pensou Savigny, mais em atenção ao verdadeiro possuidor que continuava a possuir através daqueles. Os casos indicados seriam excepcionais, chamados de *posse derivada* pelo chefe da Escola Histórica.

1. O Código Civil alemão adota claramente a concepção de Ihering ao dispor no parágrafo 854: "*Adquire-se a posse duma coisa mediante a obtenção do poder de fao sobre ela*".

A mesma orientação é a do nosso Código Civil no art. 485. Mas, os dois artigos seguintes, embora dentro do sistema de Ihering, exprimem-se numa linguagem que não deixa de lembrar a *posse derivada* de Savigny.

O Código Civil suíço de 1907 dispõe no art. 920: "*2. Os que possuem como proprietário têm posse originária, os outros têm posse derivada*".

Eis, sobre o assunto, os termos do pai dos códigos modernos, o Código Civil francês, art. 2.228: "*A posse é a detenção ou o gozo duma coisa ou dum direito que temos ou exercemos por nós mesmos ou por intermédio de outrem que a tem ou o exerce em nosso nome*" (trad. nossa).

A interpretação dele imperou durante toda a primeira metade do século passado e foi só Ihering quem primeiro apontou os lados insustentáveis da concepção do mestre. Eis em suma as observações do crítico: não é admissível que casos tão importantes quanto os apontados possam considerar-se meras exceções. Eles parecem indicar, pelo contrário, que o pretor romano concedia a proteção possessória mesmo quando faltasse o *animus domini*, contentando-se com o *animus detinendi*, isto é, com a simples intenção do possuidor no sentido de não abandonar a coisa.

Quanto à *posse derivada*, observa Ihering: somente em dois textos de Paulo (D. 13,7,37; 41,2,1,20) este jurisconsulto romano usa uma linguagem correspondente à assim chamada por Savigny. Eis, aliás, o teor dos textos mencionados (trad. nossa):

D. 13,7,37 "*Si pignus mihi traditum locassem domino, per locationem retineo possessionem, quia antequam conduceret debitor, non fuerit eis possessio, cum et animus mihi retinendi sit et conducenti non sit animus possessionem apiscendi*" ("Tendo locado ao devedor a coisa penhorada e de que ele me fizera a tradição, eu conservo a posse mediante a locação: pois antes dele se constituir locatário, a posse não pertencia ao devedor, tendo eu a intenção de conservá-la e não tendo o locatário a de adquiri-la").

D. 41,2,1,20 "*Per procuratorem tutorem curatoremve possessio nobis acquiritur. Cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente ut operam dumtaxat suam accommodarent, nobis non possunt adquirere. Alioquin si dicamus per eos non adquiri nobis possessionem, qui nostro nomnime accipiunt, futurum ut neque is possideat cui res tradita sit, quia non habeat animum possidentis, neque is qui tradiderit quoniam cesserit possessione(m)*" ("Adquirimos a posse por intermédio de nosso

procurador, tutor ou curador. Se eles, porém, tiverem recebido em seu próprio nome, sem intenção de nos prestar serviço, não poderão adquirir a posse para nós. Do contrário, se dissermos que aqueles que a recebem em nosso nome não adquirem a posse para nós, sucederia não ser possuidor nem aquele a quem a coisa fosse entregue, por lhe faltar a intenção de possuir, nem quem fizesse a tradição, por ter cedido sua posse").

Para Savigny, pois, a proteção possessória era concedida em atenção principalmente ao proprietário e não a quem de fato possuísse, uma vez que, embora produzindo efeitos jurídicos, através, por exemplo, do usucapião, a posse, em si mesma, é um fato, enquanto a propriedade é um direito, um poder jurídico. E a justificação dos interditos possessórios, Savigny, como sabemos, a encontrava na necessidade de se defender a paz social, impedindo-se aos particulares de fazerem justiça pelas próprias mãos. O pretor, intervindo, exercia seu *imperium*, o qual nada mais era do que um poder de coerção e de polícia.

Ihering alvejou com certa flechada o tendão de Aquiles da doutrina de Savigny: a artificiosa construção da *posse derivada*; quanto ao *animus* ou intenção de possuir, entendeu que o pretor romano se contentava com simples detenção (posse natural, *animus detinendi*) para conceder os interditos inclusive ao ladrão se ele tivesse posse justa em relação a pessoas diferentes de sua vítima.

E quanto ao fundamento da proteção possessória, ele residiria, segundo Ihering, não numa preocupação de polícia mas na intenção do pretor romano visando socorrer o proprietário mesmo, pois na imensa maioria dos casos o possuidor é também proprietário. A posse, disse Ihering, é a *exteriorização da propriedade*, a saber, o modo natural de manifestação da última. Concedendo os interditos, o pretor estaria pois prestando relevante serviço ao proprietário mesmo, que, vencedor numa ação possessória, ficaria dispensado da difícil prova de seu domínio legítimo.

Modernamente pensa-se serem conciliáveis as duas interpretações aqui sumariamente expostas, observando-se apenas que, sob o aspecto histórico, ao contrário dos juristas modernos, os romanos não tinham qualquer concepção

a priori a respeito da noção de posse: de acordo com sua mentalidade prática, foram decidindo os casos à medida que se apresentavam. Só os pandectistas quiseram dar aos textos um cunho sistemático que embora eventualmente neles implícito os jurisconsultos romanos jamais tiveram a preocupação de formular.²

II - IHERING, SOCIÓLOGO DO DIREITO.

Passemos a Ihering, sociólogo do Direito. Em *O espírito do Direito Romano* ele rompe com a Escola Histórica que paradoxalmente enveredou para a elaboração sistemática dos textos romanos, como se o mundo jurídico fosse conjunto algébrico de conceitos isolados da realidade. A não ser na *História do Direito Romano na Idade Média*, que se limita, aliás, a notícias biográficas sobre os glosadores e comentadores da Escola de Bolonha, Savigny, em seu monumental *Sistema do Direito Romano atual*, não segue o rumo por ele mesmo preconizado, e pratica abertamente o método dogmático, abrindo assim caminho à codificação do Direito Privado que combatera na juventude.

Ihering, pelo contrário, em *O espírito* mostrou, com mão de mestre, como as instituições jurídicas se acham, como não pode deixar de ser, em íntima relação com o ambiente social que regulam e do qual recebem influxo. Em outras palavras, os fatos normativos religião, moral e direito são outros tantos fatos sociais de modo aos conceitos jurídicos serem compreensíveis não como puro dogma, como conjunto de proposições derivadas umas das outras *more geometrico*, mas só enquanto expressão mutável de variáveis exigências da vida social. A dogmática põe-se, assim, a serviço do homem, em vez de submetê-lo ao jugo duma *jurisprudência de conceitos* (*Begriffs-Jurisprudenz*). Dessa inspiração

2. Em seu *El Derecho Privado Romano* (3ª ed., México, 1968, v. 1), Margadant resume excelentemente: "... Savigny dá à posse base estreita, permitindo que o legislador a amplie em casos determinados, como no da 'possession sine animo', enquanto Ihering coloca a posse sobre a base ampla da detenção, permitindo que alguns detentores sejam excluídos das vantagens da posse, como no caso dum detentor mero representante do possuidor ou do proprietário" (trad. nossa). E acrescenta: "Nos dois primeiros códigos mexicanos predominou a teoria de Savigny; no código atual encontramos, pelo contrário, a influência de Ihering (arts. 790-793 do Código Civil mexicano). Aliás, o código distingue a posse originária ('animo domini') da derivada ('possession sine animo') (art. 791)". As observações citadas e por nós traduzidas acham-se a p. 236 da obra mencionada.

realista e de certo modo pragmática provém o valor perene de *O espírito do Direito Romano*.

III IHERING, FILÓSOFO DO DIREITO.

O mesmo realismo, colocando-o, a nosso ver, em posição não muito distante da concepção aristotélico-tomista do Direito Natural, orienta Ihering em suas reflexões filosóficas sobre o Direito. A idéia de fim ou de finalidade serve-lhe de guia: o Direito não é fim em si mesmo, como parte integrante dum mundo cultural produzido pela ação misteriosa do inefável *espírito do povo* (*Volksgeist*) como queria Savigny. A ação do homem em vista de objetivos concretos que preenchem as carências da vida social é que explica a gênese e transformação das instituições jurídicas. Sob a influência do positivismo da época e do utilitarismo de Bentham, Ihering mostrou como o conflito entre o *statu quo* jurídico e as aspirações individuais e coletivas, a luta em suma é a verdadeira causa eficiente do progresso jurídico. A força propulsora dessa luta são os interesses materiais e espirituais dos indivíduos em sociedade e que triunfando tornam-se "interesses juridicamente protegidos", segundo a expressão original do autor e que para ele dá conteúdo à noção de "direito subjetivo".

Ora, dizíamos que opondo-se tanto ao historicismo de Savigny, paralisador das iniciativas, quanto ao jusnaturalismo abstrato de Kant e de Rousseau, Ihering, apesar de positivista, aproxima-se do tomismo enquanto reivindica a importância da idéia de fim no direito: toda comunidade aspira à satisfação de necessidades que, tomadas em conjunto, propiciam a co-existência pacífica e justa de seus membros. Que outra coisa é o bem comum para S. Tomás? Ihering reconheceu, aliás, a profunda verdade contida no pensamento do grande escolástico ao escrever, sem qualquer ironia, em *Der Zweck im Recht*, 2ª ed., Leipzig, 1886, v. 2, p. 161: "*Prova-me ele (um crítico do autor) com citações de Tomás de Aquino que este grande espírito já havia reconhecido, com perfeita exatidão, tanto o elemento realista, prático e social, quanto o histórico da moralidade. Com espanto a mim mesmo me pergunto como foi possível tivessem jamais caldo em tão completo esquecimento, entre os nossos sábios protestantes, verdades como as professadas por ele! Quantos erros ter-se-iam evitado se tivessem elas sido fielmente guardadas! Quanto ao que me toca, talvez não tivesse escrito de*

todo o meu livro se as houvesse conhecido; pois, as idéias fundamentais que nele ia expor já se encontram, com perfeita clareza e notável fecundidade de concepção, expostas nas obras desse vigoroso pensador".³

Eis as breves reflexões que nos vêm à mente quando evocamos a grande figura de Ihering, cujo centenário da morte é lembrado este ano.

IV - BIBLIOGRAFIA

V. bons apanhados sobre Ihering em:

STONE, Julius. *The province and function of law*. 2ª ed. Harvard, 1950. p. 299-314.

Cf. ainda:

BRIMO, A. *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*. Paris : Pedone, 1967. p. 183-7;

CORREIA, Alexandre. A concepção histórica do direito e do Estado. In: *Ensaaios políticos e filosóficos*. São Paulo : Convívio-EDUSP, 1984. p. 45-140.

MACDONELL, John. Rudolph von Ihering. In: *Great jurists of the world*. Nova York, 1968. p. 160-5; 299-314; 411-12; 649-51; 666-7; 712-3.

MARGADANT, Guillermo. *El derecho privado romano*. 3ª ed. México, 1968. v. 1.

PARESCHE, Enrico. Jhering, Rudolf (Von) (verbete). In: *NNDI Novissimo Digesto Italiano*. v. VIII. p. 151-2.

WOLF, Erik. *Grosse Rechtsdenker*. Tuebingen, 1963. p. 622-69.

3. Para apanhado geral sobre a Escola Histórica, veja-se de Alexandre Correia, A concepção histórica do Direito e do Estado in *Ensaaios Políticos e Filosóficos*, São Paulo, Convívio-EDUSP, 1984, p. 45-140.